

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85263>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers
 Postbus 85576
 2508 CG Den Haag
 T (070) 330 70 33
 F (070) 330 70 30
 E info@bju.nl
 I www.bju.nl

EstateTip Review

Afl. 2010-11

17 maart 2010

Denken in goederen of in geld Tweetrapsmaking: erfstelling of legaat?

De tweetrapsmaking is een testamentair instrument dat voor diverse doeleinden wordt ingezet. Soms wordt de regeling ingezet om goederen *in de familie* te houden, soms spelen er louter *fiscale motieven*. Er dient voor gewaakt te worden dat er appels (goederen binnen familie) met peren (fiscale achtergrond) worden vergeleken. Bovendien realiseert de ware estate planner zich dat *het* tweetrapstestament niet bestaat. Afhankelijk van het geval kleurt men de regeling in. De *spelregels* die gelden tussen verwachter en bezwaarde kunnen door erflater immers in beginsel naar eigen inzicht worden vastgesteld en de rechtsverhouding kan *goederenrechtelijk* of *verbintenissenrechtelijk* opgezet worden.

Op het gebied van langstlevendentestamenten geldt dat vele wegen naar Rome leiden. Cliënt kan grosso modo kiezen voor een regeling tussen een *enig erfgenaamschap* van de langstlevende als ene uiterste en de langstlevende *niets* (geabstraheerd van de andere wettelijke rechten (art. 4:28 e.v. BW) als het andere uiterste. Art. 4:82 BW maakt dat allemaal mogelijk: het is per saldo aan de 'eerststervende' hoe hij zijn kinderen bedenkt. Aan de estate planner is het om zichtbaar te maken wat de civielrechtelijke en fiscale voor- en nadelen van de verschillende langstlevendenregelingen zijn, want ook hier geldt 'elk voordeel heeft een nadeel'. Cliënt kan dan vervolgens een keuze maken.

Eén van de *vele* varianten is de tweetrapsmaking. De tweetrapsmaking wordt wel gebruikt als aanvulling op een enig erfgenaamschap dat als voordeel kent dat bij 'Otto Normalverbraucher' de grote successievrijstelling van € 600.000 benut wordt, bij het eerste overlijden *geen successierecht* verschuldigd is, de *kinderen* toch gezellig *meelopen* in het testament en de successierechtelijke pijn die bij het *tweede overlijden* bij een enig erfgenaamschap geleden zou worden enigszins verzacht wordt. Een prima 'instaptestament', zo zou geconcludeerd kunnen worden. Zie ook *EstateTip Review* 2005-10.

Voor de goede orde: er zijn ook andere regelingen mogelijk waarmee aan de wens van cliënt dat bij het eerste overlijden zo weinig mogelijk erfbelasting verschuldigd is, zelfs op afroep van de langstlevende, tegemoet kan worden gekomen. Ook zijn er regelingen die flexibeler zijn op andere terreinen (zoals overdrachtsbelasting/ab-heffing/'natuurschoon'). En inderdaad, om het nog maar eens te zeggen, een besparing van erfbelasting bij het *eerste overlijden* kan *ten koste* gaan van de heffing van erfbelasting bij het *tweede overlijden*. Laat de cliënt maar kiezen, zo zouden wij willen betogen, aan de hand van een berekeningetje of grafiek en wellicht is hij enthousiast en is hij toe aan wat extra- en flexibelere estateplanningtools en gaat hij voor een 'chiquer model'.

Terug naar de tweetrapper. Wordt de tweetrapsmaking ingezet als aanvulling op het enig erfgenaamschap of als alternatief voor de wettelijke verdeling dan komt de vraag op of men *in goederen of in geld* moet denken. Bij de *wettelijke verdeling*, als we de vergelijking maken, krijgen de kinderen een (voor de erfbelasting belaste) geldaanspraak en worden de wilsrechten ‘regelmatig’ uitgesloten. Is de estate planner dan vervolgens niet geneigd om het tweetrapstestament op te tuigen in de vorm van een *legaat* en de kinderen te bedenken als legataris/verwachter onder de opschortende voorwaarde in de zin van art. 4:141 BW van een geldbedrag (vastgesteld of ‘fluctuerend’)?

U weet dat op het niveau van de tweetrapserfstelling de discussie bestaat of de *dwingendrechtelijke vruchtgebruikbepalingen* (jaarlijkse opgave e.d.) ook dwingend zijn voor de tweetrap. Wij verwijzen u naar de discussie tussen Verstappen (dwingend recht) en Vegter (regelend recht) in WPNR 6486 (2002) en WPNR 6509 (2002). Bij het tweetrapslegaat speelt deze discussie niet en is de testateur vrij.

De ‘*zaakvervangingsproblematiek*’ die bij een tweetrapserfstelling zou kunnen spelen, roept wel eens bezwaren op. Zie bijvoorbeeld HR 5 oktober 2007, LJN BA6756. Hoewel met goede spelregels en harde bewijsregels – of door het bij zaaksvervanging werken met vergoedingsrechten in plaats van goederenrechtelijke zaaksvervanging – deze problematiek wel in goede banen te leiden is, spelen bij het tweetrapslegaat in beginsel geen goederenrechtelijke discussies. De langstlevende is immers enig erfgenaam. En in het algemeen geldt dat nu het *erfgenaamschap* van de langstlevende *onvoorwaardelijk* is de vervulling van de voorwaarde geen goederenrechtelijk effect heeft en er geen beschikkingsbevoegdheidsvraagstukken bestaan.

Wij wijzen wel nog even op het vraagstuk of een enig erfgenaamschap een verblijvingsbeding (successierechtelijk) opslurpt. Zie *EstateTip Review* 2004-17.

Een tweetrapslegaat lijkt, zo kan betoogd worden, meer op de wettelijke verdeling of ouderlijke boedelverdeling dan een tweetrapserfstelling. Maar het is slechts ‘*lijken*’, het blijft vanzelfsprekend een tweetrapsmaking, zo moet men zich realiseren.

Om een voorbeeldje te geven in dit kader: indien een kind met een vordering uit hoofde van een wettelijke verdeling overlijdt vóór de langstlevende dan maakt de vordering deel uit van zijn nalatenschap en volgt, bijvoorbeeld, zijn testament of de wettelijke verdeling richting zijn partner. Overlijdt dit kind vóór de langstlevende als verwachter dan *overleeft* hij *niet* in de zin van art. 4:141 BW en verdamt de verwachting. Men kan vanzelfsprekend regelen dat er een subsidiaire verwachter optreedt, bijvoorbeeld de kinderen van het kind. Maar dit kan, als de erflater dat wenst, ook de partner zijn van de oorspronkelijke verwachter. Maatwerk is en blijft nodig en het instaptestament kan vanzelfsprekend altijd gelardeerd worden met extra mogelijkheden. Denk, bijvoorbeeld, aan ‘boerenplaatsjeclausules’ en regelingen in verband met art. 31 SW. Zie bijvoorbeeld *EstateTip Review* 2004-25.

Kortom: het tweetrapslegaat zal in voorkomende gevallen de voorkeur verdienen boven de tweetrapserfstelling, in het bijzonder indien de tweetrap *fiscaal* wordt ingezet. Het denken in geld is dan belangrijker dan het denken in goederen.

Waar het overigens in het bijzonder om draait is dat cliënt gewezen wordt op de positieve- en minpunten van het ‘gekozen’ product.

Tot volgende week!



www.scholsburgerhartschols.nl



Boom Juridische uitgevers

www.bju.nl

© 2010 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.